Der Rücktritt des Täters vom Versuch

in seiner strafrechtlichen Bedeutung für Anstifter und Gehilfen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Max Pawelke

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 11

Hauptteil 12

I. Wirkung des Rücktrittes des Täters vom Versuch auf Anstifter und Gehilfen nach der subjektiven Teilnahmetheorie 12

II. Das Wesen des Rücktrittes vom Versuch.

1. Der Rücktritt ist ein Schuldausschließungsgrund. Dies folgt:

a) aus der Natur des Rücktrittes vom Versuch 16

aa) Annullationstheorie 17

bb) Nullitätstheorie 19

cc) Infirmitätstheorie 20

dd) Präsumtionstheorie 22

ee) Kohler, Binding 24

b) aus ausdrücklicher Gesetzesbestimmung 27

2. Der Rücktritt ist ein Strafausschließungsgrund 32

a) ein subjektiver 33

b) ein objektiver 34

Schluß 36

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. Berlin 1907.
Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht und Strafprozesse. Bd. 1. Göttingen 1840.
Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme. Diss. Göttingen 1904.
Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart 1888.
Berner, Verhandlungen des 13. Deutschen Juristentages. Bd. 1. Berlin 1876.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafsrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.
Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 7. Aufl. 1907.
Binding, Das bedingte Verbrechen. In Gerichtssaal 1906 Bd. 68.
Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin 1890.

v. Buri, Die Mittäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuchs. In Gerichtssaal 1873 Bd. 25.

v. Buri, Der Allgemeine Teil des Strafrechts in dem Lehrbuch von Dr. H. Meyer. In Gerichtssaal 1876 Bd. 28.

v. Buri, über Kausalität und Teilnahme. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1882 Bd. 2.

v. Buri, Urheberschaft und Beihilfe. Im Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer, 1869 Bd. 17.

v. Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuche. Teil 2. Gießen 1804.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. Berlin 1904.
Fornet, Wirkung der tätigen Reue, welche nach vollendetem Verbrechen entsteht, auf die Festsetzung der Strafe. In Gerichtssaal 1868 Bd. 30.

Frank in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts Bd. 5. Berlin 1907.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8.—10. Aufl. Berlin 1911.
Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. München 1884.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 1. 1881.
Hatzig, über den Rücktritt vom Versuch und die sogen. tätige Reue. Diss. Berlin 1897.
Heilborn, Der Agent provocateur. Berlin 1901.
Hepp, Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft. Heidelberg 1827.

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Heidelberg 1909.
Herzog, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Würzburg 1889.
Italiener, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme nach dem deutschen Reichsstrafgesetzbuche. Diss. Berlin 1909.
Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre. In Heft 14 der strafrechtlichen Abhandlungen. Breslau 1898.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. Mannheim 1890.
Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. Tübingen 1845.
Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrecherversuches. Wien 1879.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. Berlin 1908.
Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts. Bd. 1. Jena 1847.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Meves in Goltdammers Archiv 1872 **Bd.** 24.
Meves im Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer, Bd. 37. 1890.
Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1895.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Leipzig 1907.
Mittermaier im Neuen Archiv des Kriminalrechts Bd. 10. Halle 1829.
Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. In den Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstags. Berlin 1870.
Nayhaus-Cormons, Graf, Die Abwendung des Erfolges einer Tat des Angestifteten durch den Anstifter vor ihrer Entdeckung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung für den Anstifter. Diss. Breslau 1910.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. Berlin 1905.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901.
Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht. Bd. 1. Erlangen 1857.
Prosch, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme. Diss. Tübingen 1904.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen.
Rubo, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1859.
Schoetensack in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts Bd. 2. Berlin 1907.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
Schwab, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme. Diss. Erlangen 1904.
Schwarze in v. Holtzendorffs Handbuch 1871 Bd. 2.
Seeger im Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer, Bd. 18. 1870.
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1. L.-P. Bd. 3. Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstags Nr. 1—73. Berlin 1870.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Allgem. Teil. Berlin 1909.

Weiß, Die Abwendung des Erfolges der vom Angestifteten begangenen Tat durch den Anstifter vor Entdeckung der Tat und ihre strafrechtlichen Folgen für den Anstifter. Breslauer Diss. 1911.

Zachariae, Die Lehre vom Versuche des Verbrechens. 2. Teil. Göttingen 1839.

Einleitung.

Das Gesetz ahndet nicht nur die Vollendung eines Deliktes mit Strafe, sondern auch schon den Versuch desselben; denn die Strafe soll den Willen treffen, der sich in verbrecherischer Weise betätigt hat. Dabei berücksichtigt das Gesetz besonders die Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens. Dies zeigt sich schon darin, daß es die sogen. Vorbereitungshandlungen, d. h. diejenigen Handlungen, welche der Täter unternimmt, um das Delikt erst zu ermöglichen, die aber noch nicht einen Anfang der Ausführung des Deliktes selbst enthalten, abgesehen von einigen besonderen Fällen, grundsätzlich unbestraft läßt. Vor allem aber wird von den Versuchshandlungen selbst der Versuch stets nur bei Verbrechen, bei Vergehen aber nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen, bei Übertretungen jedoch überhaupt nicht bestraft. Aber auch noch dann, wenn schon ein strafbarer Versuch vorliegt, kann sich der Täter Straflosigkeit sichern. § 46 StGB. bestimmt nämlich:

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat".

§ 46 StGB. unterscheidet hiernach zwei Fälle, den sogen. Rücktritt vom Versuch und die sogen. tätige Reue, durch welche sich der Täter straflos machen kann. Nur ersterer kommt in der vorliegenden Arbeit in Betracht.

Gibt der Täter also freiwillig die Ausführung der beabsichtigten Handlung auf, so bleibt der Versuch „als solcher" straflos. Es fragt sich nun, welche Folgen der Rücktritt des Täters vom Versuch auf die Teilnehmer im eigentlichen Sinne, Anstifter und Gehilfen, hat. Werden diese von der Straflosigkeit des Täters mitumfaßt? Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir zuerst die Beziehungen zwischen dem Täter und den Teilnehmern erörtern, müssen untersuchen, ob überhaupt eine Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnehmer von der des Täters besteht oder nicht.

Doch bevor wir zur Behandlung der vorstehenden Frage übergehen, noch ein Wort über die Terminologie. Mit dem Ausdruck Schuldausschließungsgründe werden Umstände bezeichnet, welche das Entstehen einer strafbaren Handlung verhindern. Die Strafausschließungsgründe schließen aber trotz Vorliegens einer strafbaren Handlung die Strafe aus, sei es für alle an der Tat Beteiligten, sei es nur zugunsten derjenigen, in deren Person sie eintreten. Daher die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Strafausschließungsgründen. Hierauf mußte hingewiesen werden, weil in der Literatur über die Art der zu wählenden Bezeichnungen keine Einigkeit herrscht.

Hauptteil.

I. Wirkung des Rücktrittes des Täters vom Versuch auf Anstifter und Gehilfen nach der subjektiven Teilnahmetheorie.

Die Frage nach dem Wesen der Teilnahme und ihrem Verhältnis zur Täterschaft ist sehr umstritten. Im wesentlichen laufen jedoch die Ansichten, auf die im folgenden in aller Kürze eingegangen werden soll, dahin hinaus, entweder in der Teilnahme die selbständige Verübung eines Deliktes zu erblicken oder eine Verübung, die erst infolge ihrer Beziehung zu der Tat eines anderen, nämlich des Täters, bestraft wird.

Erstere Theorie, die sogen. subjektive Teilnahmetheorie, deren eifrigster und konsequentester Vertreter v. Buri ist, hängt wie

die ganze Teilnahmelehre überhaupt aufs engste mit der Lehre von der Kausalität zusammen. Ist man mit der Bedingungstheorie der Meinung, daß ein Unterschied zwischen Bedingung und Ursache nicht besteht, behauptet man also die Gleichwertigkeit der Bedingungen, dann folgt daraus, daß eine objektive Verschiedenheit der Tat des Täters von der des Teilnehmers nicht bestehen kann, ebensowenig wie unter den Teilnehmern selbst. Die intellektuelle Mitwirksamkeit ist der physischen durchaus gleichzuachten. So sagt v. Buri[1]) von diesem Standpunkt aus nur durchaus konsequent: „Meiner Meinung nach umfaßt die bloße Mitwirksamkeit die physische sowohl wie die intellektuelle hinsichtlich ihrer Kausalität die ganze Tat... Eine objektive Verschiedenheit hinsichtlich des Maßes der Einzeltätigkeit besteht sonach nicht". Und „so kann sich die Handlung des Gehilfen in ihrer objektiven Bedeutung von derjenigen des Täters nicht unterscheiden..., er ist somit gleichfalls ein Täter".[2]) Da also Anstifter und Gehilfen in objektiver Hinsicht die ganze Tat verursachen, so werden sie, wenn ihrerseits ein Verschulden vorliegt, auch für die ganze Tat verantwortlich. Ein Unterschied zwischen ihnen und dem Täter besteht nicht. „Die intellektuellen Kräfte sind gerade so wirksam für den Erfolg wie die physischen, und es verursacht darum auch die intellektuelle Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg. Auch sie macht daher, wenn sie verschuldet ist, zum Täter."[3])

Unterscheidet man gleichwohl zwischen Täter und Teilnehmern, so ist klar, daß der Unterschied, da jeder den ganzen Erfolg verursacht, nur in subjektiver Hinsicht möglich ist, und zwar liegt er in der Selbständigkeit bezw. Unselbständigkeit des Willens. Der Gehilfe macht seinen Willen abhängig von dem des Urhebers. Er will das Verbrechen nur, wenn der Urheber es will. „In diesem Verhältnis der Unterordnung des einen Willens unter den anderen aber ist die Verschiedenheit zwischen Urheberschaft und Beihilfe begründet."[4]) „Der Gehilfe will gleichmäßig das

---

[1]) v. Buri in Gerichtssaal Bd. 25 S. 238.
[2]) v. Buri in Gerichtssaal Bd. 28 S. 136.
[3]) v. Buri in Gerichtssaal Bd. 28 S. 200.
[4]) v. Buri in Gerichtssaal Bd. 28 S. 254.

Wollen und Nichtwollen des Urhebers, und gerade darum ist sein Wille nur ein eventueller."[1])

v. Buri unterscheidet sonach nur zwischen Urheber (Täter und Anstifter) und Gehilfen. Beide aber verursachen die ganze Tat, beide haben auch im Falle der Verschuldung die ganze Tat zu verantworten, da bei beiden der dolus die ganze Tat umfaßt. Das Vergehen des Anstifters und Gehilfen ist daher durchaus selbständig, von dem des Täters völlig unabhängig, da die Erfordernisse der Strafbarkeit, Verursachung und Verschuldung in ihrer Person selbständig vorhanden sind. „Sonach aber kann jeder nur vermöge seines eigenen Wollens und seiner eigenen Mitwirksamkeit, nicht aber aus dem Wollen und der Mitwirksamkeit anderer für den Eintritt eines Erfolges strafrechtlich in Anspruch genommen werden ... Darum ist auch eine Lehre von der Teilnahme in dem Sinne, daß durch sie besondere rechtliche Wirkungen erzeugt werden könnten, unmöglich."[2]) Weiter heißt es, das sei ein „unklarer Standpunkt, welcher die Beihilfe als Akzessorium der Urheberschaft betrachtet".[3])

Daraus folgt aber notwendigerweise, daß Straf-, ja sogar Schuldausschließungsgründe, die in der Person des Täters vorliegen, auf die anderen Mitwirkenden nicht den geringsten Einfluß auszuüben vermögen. Auf die Frage, ob der Rücktritt des Täters vom Versuch auch Straflosigkeit des Anstifters und Gehilfen bewirkt, gibt die subjektive Teilnahmetheorie eine einfache und klare Antwort. Die Straflosigkeit des § 46 kommt nur dem Täter zugute, Anstifter und Gehilfen werden hiervon nicht berührt.

Diese Konsequenz zieht auch v. Buri: „Die Meinung ..., daß der Rücktritt des Urhebers vom Versuche die Straflosigkeit der versuchten Beihilfe nicht nach sich ziehen könne, ... ist eine zutreffende Konsequenz der Ansicht, daß auch der Gehilfe das Verbrechen begehen will und verursacht".[4]) „Und daß der Rücktritt des Angestifteten vom Versuche die Straflosigkeit des An-

---

[1]) v. Buri in Goltdammers Arch. Bd. 17 S. 238.

[2]) v. Buri in Z. f. Strafr. Bd. 2 S. 251/52.

[3]) v. Buri in Z. f. Strafr. Bd. 2 S. 267.

[4]) v. Buri in Z. f. Strafr. Bd. 2 S. 271.

stifters nicht nach sich zieht, erklärt sich ... daraus, daß auch der Anstifter ein Täter ist."[1])

Die subjektive Teilnahmetheorie ist jedoch gegenüber der Behandlung, welche die Teilnahme durch das Strafgesetzbuch erfahren hat, undurchführbar. Die Lehre von der Kausalität hat hier, wie selbst v. Liszt,[2]) ein eifriger Verfechter dieser Theorie zugibt, eine Regelung gefunden, mit welcher sich die Lehre von der Gleichwertigkeit der Bedingungen nicht in Einklang bringen läßt.

Das Strafgesetzbuch behandelt im 3. Abschnitt des 1. Teiles die Teilnahme. Es versteht darunter die Mittäterschaft, die Anstiftung und die Beihilfe und stellt sich somit in Gegensatz zur subjektiven Teilnahmetheorie. Letztere unterscheidet, wie oben erwähnt, nur zwischen Urheber und Gehilfen. „Jeder, wer animo auctoris zum Erfolge etwas beiträgt, ist ihr Täter (Urheber), jeder, wer es animo adjutoris tut, ist ihr Gehilfe, ohne daß sie weitere Unterschiede anzuerkennen vermochte."[3])

Das Strafgesetzbuch kennt also neben Täterschaft einerseits noch Anstiftung und Beihilfe andererseits, die in scharfem Gegensatz zueinander stehen. Täter ist nach § 47 nur derjenige, welcher die Handlung ausführt, Anstifter nach § 48 derjenige, welcher einen anderen zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung ... vorsätzlich bestimmt, und Gehilfe, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat. Das Gesetz legt, wie man sieht, die Unterscheidung in die objektive Tätigkeit. Nur wer die strafbare Handlung ausführt, wer alle Erfordernisse, welche zum Tatbestande eines Delikts gehören, erfüllt, nur der ist Täter; wer dagegen in einem anderen nur den Entschluß zur Ausführung eines Deliktes hervorruft, oder wer einen anderen bei der Ausführung in irgend einer Weise unterstützt, der ist Anstifter bezw. Gehilfe. Letztere nehmen an der Begehung eines Deliktes teil, ohne an der Ausführung desselben beteiligt, ohne Täter zu sein. Ihre Handlung ist also für den Erfolg nicht kausal. Sie setzen

---

[1]) v. Buri in Z. f. Strafr. Bd. 2 S. 276.

[2]) v. Liszt S. 213; vgl. auch Binding, Grundriß S. 168; Meyer-Allfeld S. 184/85.

[3]) Birkmeyer, Teilnahme S. 83.

zwar eine Bedingung für den Erfolg, verursachen ihn jedoch nicht. Denn „eine Bedingung, die einen der Außenwelt angehörigen Erfolg nur durch Vermittlung eines frei und bewußt auf ihn hinarbeitenden Willens herbeiführt, ist lediglich Bedingung und nicht Ursache".[1])

Das Strafgesetzbuch unterscheidet also zwischen Bedingung und Ursache und stellt sich hiermit in Gegensatz zur subjektiven Teilnahmetheorie, welche die Lehre von der Gleichwertigkeit der Bedingungen zur Grundlage hat.

Da Anstiftung und Beihilfe nur eine Bedingung für den Erfolg setzen, so sind sie in ihrer Strafbarkeit eng mit dem Hauptverbrechen verknüpft. Kommt dieses nicht zustande, dann gibt es auch keine strafbare Anstiftung und Beihilfe. Denn nach der Definition des Gesetzbuchs erfordert erstere eine strafbare Handlung, letztere einen Täter.

Die Teilnehmer sind also „nicht selbständig strafbar, sondern sind es nur aus dem Verbrechen eines anderen heraus, an welchem die Teilnehmer teilgenommen haben. Wo keine Täterschaft, da auch keine strafbare Teilnahme. Dies ist es, was man die akzessorische Natur der Teilnahme nennt".[2]) Diese akzessorische Natur äußert sich weiter in der Tatsache, daß auf die Anstiftung und Beihilfe dasselbe Gesetz Anwendung findet, welches für die Bestrafung des Täters maßgebend ist.

II. Das Wesen des Rücktrittes vom Versuch.

1. Der Rücktritt ist ein Schuldausschließungsgrund.

Die Anstiftung und Beihilfe sind also, wie oben dargelegt ist, unselbständig, akzessorisch. Tritt der Täter vom Versuch zurück und wird er dadurch nach § 46 StGB. straflos, so erhebt sich die Frage nach der Wirkung der Straflosigkeit auf Anstifter und Gehilfen. Denn ihr Verbrechen ist ja eng mit dem Hauptverbrechen verknüpft. Entscheidend ist hierbei, wie das Wesen des Rücktrittes vom Versuch aufgefaßt, wie die Straflosigkeit des

[1]) Frank S. 21; vgl. auch Hergt S. 87.

[2]) Birkmeyer, Teilnahme S. 146.

Rücktrittes begründet wird. Die Ansichten darüber waren und sind auch jetzt noch sehr geteilt.

Einige Schriftsteller bestreiten, daß im Falle des Rücktrittes überhaupt ein strafbarer Versuch vorhanden sei, da es an der Rechtswidrigkeit desselben mangle. Sie behaupten, daß ein Tatbestandsmerkmal fehle und somit ein Delikt nicht zustande kommen könne. Der Rücktritt ist nach ihrer Ansicht ein Schuldausschließungsgrund. Fehlt es an einem strafbaren Versuch, so natürlich auch an einer strafbaren Anstiftung und Beihilfe, da diese ja ohne ein Hauptdelikt nicht bestehen können. Anstifter und Gehilfen sind infolgedessen gleichfalls straflos.

So ist Zachariae[1] der Ansicht, daß die Straflosigkeit des Rücktritts sich aus allgemeinen Prinzipien des Rechts beweisen lasse. Er führt aus, zur Strafbarkeit des Versuches sei erstens eine äußere Tätigkeit erforderlich, die dem Gesetze widerspreche, und zweitens ein böser Wille, welcher auf die Übertretung des Strafgesetzes gerichtet sei. Solle es zu einem strafbaren Versuche kommen, dann dürfe notwendigerweise weder der böse Wille noch die äußere Tätigkeit fehlen. Sobald jedoch eines von beiden rückwärts annulliert werde, so werde dadurch auch die Strafbarkeit des Versuches getilgt.

Diese Theorie, welche außer Zachariae noch Berner, Köstlin und neuerdings auch Frank vertreten, hat hiernach den Namen Annullationstheorie erhalten.

Zachariae bemerkt selbst sehr zutreffend: „Hinsichtlich der äußeren Tätigkeit ist dies nun freilich unmöglich. Was einmal geschehen ist, kann nicht wieder ungeschehen gemacht werden." Ebensowenig könne von einer Annullation des Willens die Rede sein, wenn der Wille sein Ziel erreicht habe und eine durch ihn hervorgerufene, als abgeschlossenes und vollendetes Ganze erscheinende Handlung vorliege. „Anders ist es dagegen, wenn der Handelnde auf der betretenen Bahn stehen bleibt und den seine bisherigen Schritte leitenden Willen ändert oder aufgibt. Hier wird der vorhandene Wille rückwärts bedeutungslos."

[1] Zachariae S. 239—242.

Ähnlich äußert sich Berner,[1]), wenn er sagt, daß die Handlung den Charakter des Versuches verliere, wenn sie infolge Rücktritts nicht fortgesetzt werde. Der Charakter des Versuches bestehe darin, daß der Wille die Tat überrage. Durch den Rücktritt werde aber der sich kundgebende Wille aus der Außenwelt zurückgenommen, so daß ein Versuch nicht mehr vorhanden sei.

Auch Köstlin[2]) stimmt der Lehre Zachariaes zu, wenn er seine Meinung dahin kundgibt, daß beim vollendeten Delikte der Wille sich in der Handlung schon objektiviert habe und daher nicht mehr zurückgenommen werden könne. Anders liege es beim Rücktritt vom Versuche, weil das Verbrecherische in diesem „nicht die äußere Handlung, sondern lediglich die darin kundgegebene Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu realisieren, ausmacht, eben diese Absicht aber im vorausgesetzten Falle hinwegfällt".

Diese Ansicht, daß der Wille annulliert, rückwärts bedeutungslos werde, ist ganz unhaltbar. Was einmal gewesen ist, ist gewesen, und es ist unmöglich, zu bewirken, daß es nicht gewesen ist.[3]) Hierbei kann zwischen Wille und äußerer Tätigkeit nicht unterschieden werden. Daß letztere nicht ungeschehen gemacht werden könne, gibt Zachariae selbst zu. Ebensowenig ist dies betreffs der verbrecherischen Absicht möglich. Tritt der Täter auch vom Versuch zurück, so ist der Wille doch schon in der äußeren Tätigkeit in Erscheinung getreten, hat sich schon in der Handlung objektiviert. Denn ohne Hinzutritt des verbrecherischen Willens wäre es ja überhaupt noch nicht zum Versuche gekommen. Durch den Rücktritt wird der strafbare Versuch nicht weiter fortgesetzt, das Verbrechen nicht vollendet. Dies kann jedoch nicht bewirken, daß der schon vorhandene Versuch aufhört, eine Handlung zu sein, die den verbrecherischen Willen zum Ausdruck gebracht hat.[4])

Die Behauptung Berners, daß der sich kundgebende Wille aus der Außenwelt zurückgenommen werde, entbehrt also jeder Grundlage. Der Wille gibt sich der Außenwelt nicht weiterhin

---

[1]) Berner Verhandl. S 134 und Lehrb. S. 140.

[2]) Köstlin S. 393ff.

[3]) Heilborn S. 119.

[4]) Hälschner S. 360.

kund, aber bewirken, daß er sich nicht kundgegeben hat, ist unmöglich.[1])

Ebenso inkonsequent wie Zachariae folgert neuerdings Frank.[2]) Nach seiner Meinung hat der Staat an der Bestrafung des Versuches nur insoweit ein Interesse, als dieser eine Störung des Rechtsfriedens enthält. Frank erklärt aber weiterhin: „Straflosigkeit rechtfertigt sich dadurch, daß der Täter durch den Rücktritt vom Versuch die Störung des Rechtsfriedens wieder aufhebt oder besser, sie überhaupt nicht in Erscheinung treten läßt". Diese Auffassung Franks ist irrig; denn ist die Störung des Rechtsfriedens erst einmal in Erscheinung getreten, so ist klar, daß, ebensowenig wie ein vollendetes Verbrechen durch Reue annulliert werden kann,[3]) die Störung des Rechtsfriedens beim Versuch wieder ungeschehen zu machen ist. „Tatsachen sind unerbittlich".[4])

Auch Luden, dem sich Seeger[5]) ohne nähere Begründung anschließt, ist der Ansicht, daß der Rücktritt vom Versuch ein Schuldausschließungsgrund sei. Er behauptet, die Straflosigkeit folge aus dem Begriff und Wesen des Versuches. Damit dieser zustande komme, sei notwendig, daß zur äußeren Tätigkeit der Wille der Vollendung hinzutrete. Durch den Rücktritt vom Versuche beweise aber der Täter, daß eine Handlung mit dem Willen der Vollendung nicht ausgeführt sei. Man könnte freilich einwenden, daß doch mit dem Willen der Vollendung schon gehandelt worden sei. Dem sei jedoch entgegenzuhalten, daß die Handlungen als ein einheitliches Ganze betrachtet werden müßten. Zu diesem Ganzen gehöre auch als Abschluß die Handlung des Abbrechens. Da man also das Zurücktreten zur Versuchshandlung hinzurechnen müsse, „fehlt es bei dieser ganzen ungeteilten Handlung an dem Wollen, das Verbrechen zu vollenden, denn

[1]) Herzog S. 151; Fornet in Gerichtssaal Bd. 20 S. 107; Bauer, Abhandl. S. 355 ff.

[2]) Frank, in Vergl. Darst. Bd. 5 S. 267.

[3]) Prosch S. 35.

[4]) Osenbrüggen S. 38.

[5]) Luden, Handb. 1 Bd. 1 S. 420; Seeger in Goltdammers Arch. Bd. 18 S. 233.

dieser Wille erlischt während des einen oder anderen der Akte, die zu ihr gehören".[1])

Luden leugnet also, daß es überhaupt zu einem Versuch gekommen sei; seine Theorie hat daher den Namen Nullitätstheorie erhalten.

Sie stützt sich, wie oben ausgeführt ist, vor allem darauf, daß der zum Versuch nötige Wille der Vollendung in der Handlung nicht ungeteilt zum Durchbruch gekommen sei. In dem Akt des Abbrechens sei der Vollendungswille nicht enthalten. Der Fehler Ludens liegt aber darin, daß er das Nichtfortsetzen, das Aufhören als eine Handlung ansieht, die mit den vorhergehenden noch eng zusammenhängt. Sobald jedoch der Täter in der Ausführung aufhört, ist diese Tätigkeit als solche abgeschlossen, bildet sie ein einheitliches Ganze, das aus dem Willen der Vollendung hervorgegangen ist.[2]) Infolgedessen liegt auch ein vollständiger Versuch vor.

Dagegen sieht die sogen. Infirmitätstheorie die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuche darin, daß durch das Abstehen die Tatsache sich kundgebe, daß beim Versuch der böse Wille kein fester und beharrlicher gewesen sei.[3]) Das Gesetz ahndet nach dieser Meinung nur den festen und beharrlichen bösen Willen mit Strafe, denn nur er sei gefährlich. Wer aber die Tat freiwillig aufgebe, der beweise dadurch, daß die Rechtsordnung von ihm nichts mehr zu fürchten habe. Er zeige, daß er zwar unter augenblicklicher Eingebung gehandelt, daß aber das Gute und Edle wieder in ihm gesiegt habe. An seiner Bestrafung sei dem Gesetze nichts gelegen.[4])

So sagt auch Zachariae[5]): „Der freiwillig von der Vollendung Abstehende zeigt aber durch die Tat, daß er keinen festen und beharrlichen bösen Willen hatte, daß er nur augenblicklich dem sinnlichen Antriebe gefolgt ist, jedoch die

---

[1]) Luden S. 420.

[2]) Italiener S. 11, 12.

[3]) Zachariae S. 241/42; Schwarze S. 305.

[4]) Mittermaier S. 555.

[5]) Zachariae S. 241/42.

Einsicht von der Notwendigkeit des rechtlichen Handelns in ihm die Oberhand behalten hat. Die allgemeine Sicherheit ist zwar augenblicklich, aber nicht wirklich von ihm bedroht gewesen, und was er auch schon zur Übertretung des Gesetzes vorgenommen hat, sobald dasselbe nur nicht in sich als ein abgeschlossenes Ganze, als ein vollendetes Delikt erscheint, die freie Willensänderung wird jeder gesetzwidrigen Tätigkeit die rechtliche Bedeutung entziehen".

Auch Meves[1]) sieht in dem Fehlen des festen und beharrlichen Willens den Grund, daß ein Versuch noch nicht vorliegt. Denn der verbrecherische Wille, der im Versuche stecke, bewirke vor allem dessen Strafbarkeit. Beim Rücktritt hat er aber, wie Meves meint, „noch nicht diejenige Kraft und Energie in dem Täter erlangt, welche zur Durchführung des gefaßten und in der Ausführung bereits begriffenen Planes nötig ist . . . Jedenfalls unterläßt er freiwillig gerade das, was sein bisheriges Tun erst in den Kreis des vom Strafgesetz beherrschten Gebietes führen würde". Der Versuch biete an und für sich in objektiver Hinsicht ein unfertiges Bild. Durch den Rücktritt zeige es sich, daß die Handlung auch noch nach der Schuldseite hin unvollständig sei. Dies sei der Grund der vom Gesetz gewährten Straflosigkeit, da es dann zu einem strafbaren Versuch überhaupt nicht gekommen sei. Meves läßt diesen Grundsatz aber nur für den sogen. nicht beendeten Versuch gelten, für § 46 Nr. 1 StGB., denn nur bei ihm sei die Tat in subjektiver Hinsicht unvollständig geblieben.

Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß zwar eine nur kurz andauernde, aber doch wirkliche Gefahr bestanden hat, wenn der Wille auch nicht fest genug war, das Delikt zu vollenden. Und diese Gefahr kann ihrer Kürze wegen doch unmöglich als nicht wirklich betrachtet werden.[2]) Wenn beim Versuch auch der Wille die Tat überragt, so muß doch zugegeben werden, daß ein böser Wille vorhanden gewesen ist und dieser Wille sich in dem Anfang der Ausführung eines Deliktes betätigt hat. Daß der Wille nicht fest und beharrlich genug geblieben ist, die Ausführung zu vollenden, mindert zwar die Strafbarkeit, hindert jedoch nicht, daß

[1]) Meves in Gerichtssaal Bd. 24 S. 163 ff.

[2]) Bauer, Abhandl. Bd. 1 S. 356.

der Tatbestand des § 43 erfüllt ist und daher ein Versuch schon vorliegt.

Eigenartig ist die Begründung, welche Herzog[1]) für die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuche gibt. Er geht davon aus, daß jeder pönalisierte Tatbestand „sich auffassen lasse als die Übertretung eines (staatlichen) Gebotes oder Verbotes". Die Norm laute, man solle kein Verhalten durchführen, von dem man den Eintritt jenes verbotenen Erfolges erwarte. Die Norm könne infolgedessen erst dann verletzt sein, wenn der Mensch die Herrschaft über sein Wirken verloren habe, wenn der Eintritt des Erfolges von seinem Wollen und Können unabhängig sei, also gewöhnlich erst beim Eintritt des Erfolges. Alles, was vor diesem Zeitpunkt liege, sei daher nicht strafbar, also eigentlich auch nicht der Versuch. Wenn das Gesetz gleichwohl den Versuch strafe, so geschehe dies nur aus der Überzeugung heraus, weil es „eine wirkliche Verbrechenspotenz voraussetze, einen Willen, der auch wirklich imstande und fähig sei, die verbrecherische Tätigkeit bis zur Erreichung des Erfolges hindurch zu führen".[2]) Trete der Verbrecher aber vom Versuche zurück, so beweise er, daß in ihm die Deliktsenergie zur Durchführung des Verbrechens unzureichend sei. Er widerlege also die Vermutung, derenthalben die Strafe erfolge.

Auch Lammasch[3]) teilt den Standpunkt Herzogs, wenn er erklärt, daß der Versuch nur wegen der Vermutung bestraft werde, daß der Versuchende die begonnene Tätigkeit auch fortsetzen und vollenden werde. Dies finde im Gesetz seinen korrekten Ausdruck, wenn es heiße, der Versuch bleibe im Falle des Rücktritts straflos. „Denn im Moment, in dem der Versuchende freiwillig seine Tätigkeit unterbricht, weicht die Präsumtion des Nichtzurücktretens der Gewißheit des Rücktrittes; in diesem Moment ändert sich also nicht etwa die Natur der Versuchshandlung, sondern es enthült sich nun erst ihr wahrer Charakter." Die Präsumtionstheorie findet aber nach Lammasch nur auf § 46 Nr. 1 StGB.

---

[1]) Herzog S. 169/70.

[2]) Herzog S. 174.

[3]) Lammasch S. 71, 72.

Anwendung, nicht dagegen auf § 46 Nr. 2, die sogen. tätige Reue. Hier liege schon ein strafbarer Versuch vor; denn der Täter habe alle Bedingungen verwirklicht, die zur Vollendung der Tat notwendig seien, und sein „non in contrarium agere" sei nur eine negative Bedingung des Erfolges.

v. Bar,[1]) der sich dieser Meinung anschließt, erklärt hierzu: „Wir sind genötigt zur Annahme jener dem Handelnden nachteiligen Präsumtion, ohne welche die Strafe des Versuchs nicht aufrechtzuerhalten wäre. Aber wir setzen sie außer Anwendung, falls sie der Handelnde tatsächlich widerlegt".

Wenn v. Bar weiterhin erklärt, daß es zwar nicht absolute, nicht göttliche Gerechtigkeit, aber doch Gerechtigkeit sei, soweit es möglich sei, so können wir es nur für das Gegenteil, für eine große Ungerechtigkeit halten. Das Gesetz würde dann nur auf eine Vermutung hin strafen, die nie bewiesen werden kann; denn solange das Verbrechen nur Versuch, nicht vollendet ist, besteht ja für den Täter immer noch die Möglichkeit, zurückzutreten und die Vermutung zu widerlegen. Mit Recht sagt daher Heilborn[2]): „Wir dürfen keinen Menschen strafen, weil wir vermuten, er hätte mehr vollbracht, wenn er gekonnt hätte; wir dürfen ihn nur wegen desjenigen strafen, was er getan hat". Der Versuch wird bestraft, weil er schon an sich eine Störung des Rechtsfriedens enthält, nicht deshalb, weil wir dies erst vermuten.

Auch Klee[3]) vertritt die Ansicht, daß die Strafbarkeit des Versuchs in der Annahme der Vollendungspotenz liege. Das Wesen des Versuches bestehe in der Beziehung des Willens zu einem in der Zukunft liegenden nicht erreichten verbrecherischen Erfolge. Die Strafbarkeit des Versuchs beruhe auf der Wahrscheinlichkeitsannahme,[4]) daß die Handlung in unbehinderter Fortsetzung zum Erfolge führen werde. Durch diese Beziehung des Willens zum strafbaren Erfolge sei die Gefährlichkeit der Handlung und dadurch auch der Rechtsgrund ihrer Strafbarkeit bedingt.

---

[1]) v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 549.

[2]) Heilborn S. 119.

[3]) Klee S. 43 ff.

[4]) Klee S. 45.

„Nur insofern die Handlung den Keim zur Vollendung in sich trägt, ist sie strafbare Versuchshandlung... Der vom verbrecherischen Willen verlassene äußere Tatbestand trägt die Wahrscheinlichkeit der Vollendung nicht mehr in sich. Er kann den verbrecherischen Erfolg nicht aus sich gebären, da der befruchtende Wille fehlt.“ [1]) Die Handlung erweise sich infolge des Rücktritts als ungefährlich. Das Gesetz habe daher kein Interesse mehr an ihr.

Daß diese Theorie von der Wahrscheinlichkeitsannahme der Gerechtigkeit widerspricht, ist schon erwähnt worden. Es sei noch einmal durch ein Beispiel darauf hingewiesen. Nehmen wir an, zwei Verbrecher A und B sind an der Ausführung von Verbrechen begriffen, und zwar jeder selbständig, von anderen unabhängig. A hat den Erfolg beinahe herbeigeführt, als er aus irgendwelchen Rücksichten von der weiteren Ausführung abläßt. B dagegen wird gleich nach den ersten Versuchshandlnngen abgefaßt. Während A trotz der Nähe des Erfolges überhaupt noch keinen strafbaren Versuch begangen hätte, also strafrechtlich nicht verfolgt werden könnte, müßte B mit der Begründung verurteilt werden, daß die Wahrscheinlichkeit vorliege, er würde seine angefangene Handlung bis zum verbrecherischen Erfolge durchführen. Eine Annahme aber kann doch nicht die Grundlage des Urteils abgeben. Das Gesetz kann den Verbrecher nur wegen desjenigen strafen, was er getan hat. Klee [2]) sagt selbst, daß die Strafe nicht durch die Wirkung, sondern durch die Handlung bedingt ist. Beim Versuche liegt die Strafbarkeit nicht in der Annahme der Vollendungspotenz, sondern in der Tatsache, daß ein verbrecherischer Wille sich schon in der Ausführungshandlung betätigt hat. Diese verbrecherischen Handlungen bleiben aber trotz des Rücktritts bestehen, wenn auch ihre Wirkungen beseitigt sind; sie bleiben Versuchshandlungen.

Außer den obengenannten Schriftstellern steht noch eine Anzahl anderer der Präsumtionstheorie nahe. So führt Kohler [3]) aus: „Der Rücktritt ist eine Löschung des durch den Versuch Ge-

[1]) Klee S. 45.

[2]) Klee S. 43.

[3]) Kohler, Studien Bd. 1 S. 143.

setzten, eine Löschung, welche deswegen möglich ist, weil das durch den Versuch Gesetzte überhaupt nur problematisch gesetzt ist". Der Täter bekunde durch den Rücktritt, daß es ihm an der richtigen Energie fehle, welche zur Durchführung des Verbrechens nötig sei.

Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist oben schon Herzog und v. Bar gegenüber dargelegt worden. Das durch den Versuch Gesetzte ist nicht problematisch gesetzt, wenn es auch nicht den Erfolg hervorbrachte. Sobald die Grenze zwischen der vorbereitenden straflosen Handlung und dem Anfang der Ausführung überschritten ist, liegt ein strafbarer Versuch vor. Diese Tatsache kann der Täter unmöglich wiederaufheben. Es ist daher falsch, wenn Kohler sagt: „Wie es allen Teilnehmern nützt, wenn der Täter nicht zum strafbaren Versuch gelangt, so nützt es allen, wenn der Täter das von ihm Gesetzte wiederaufhebt".

Auch der Fehler Bindings[1]) besteht darin, daß er die Strafbarkeit des Versuchs nur in seiner Beziehung zum Erfolge sieht. „Der freiwillige Rücktritt hebt allerdings nach richtiger Auffassung das Delikt auf. Er gestaltet sich zur Resolutivbedingung für dasselbe." An anderer Stelle führt er diese Ansicht näher aus, indem er sagt: „Eine atomistische Betrachtung menschlicher Tätigkeit ist juristisch ganz unerträglich. Das Verhalten des Handelnden mit Bezug auf einen eingetretenen oder nicht eingetretenen juristisch bedeutsamen Erfolg bildet eine Einheit."[2]) Verbiete das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolgs und sei gleichwohl schon ein Anfang der Ausführung gemacht worden, so könne doch den schon gesetzten Bedingungen des Erfolgs entgegengewirkt werden, so daß derselbe nicht eintrete. Das „Verhalten als Ganzes betrachtet — und als Ganzes muß es gesehen werden — entbehrt des Charakters der Setzung der Ursache zu einem schädlichen Erfolge." Betrachte man das Verhalten als ein einheitliches Ganzes, so entfalle aber die Rechtswidrigkeit. Da durch den Rücktritt die schon gebotenen Bedingungen vernichtet seien, so bleibe kein Versuch übrig. Dem könnte zwar entgegnet werden, daß das Gesetz nach § 46 Nr. 1 den Versuch doch

[1]) Binding, Grundriß S. 138; vgl. auch Schoetensack in Vergl. Darst. Bd. 2 S. 436.

[2]) Binding in Gerichtssaal Bd. 68 S. 23ff.

bestrafe, wenn der Rücktritt nicht freiwillig erfolgt sei. Ebenso sei der sogen. beendigte Versuch nach § 46 Nr. 2 trotz Rücktritts strafbar, wenn nicht Freiwilligkeit und Unentdecktheit hinzukämen. Auf diesen möglichen Einwand erwidert jedoch Binding, daß das Gesetz die Macht habe, einen zusammengehörigen Tatbestand zu zerreißen und die einzelnen Teile gesondert auf ihre Strafbarkeit zu betrachten. Soweit aber das Gesetz nicht durch ausdrückliche Bestimmung eine derartige Betrachtungsweise anordne, müsse das Ganze auch als Ganzes betrachtet und beurteilt werden. Bei einer solchen dem Begriff des Rücktritts entsprechenden Auffassung würde der Versuch natürlich infolge Mangels an Rechtswidrigkeit straflos.

Da also nach dieser Ansicht eine strafbare Haupthandlung nicht vorliegt, müssen Anstifter und Gehilfen wegen der Akzessorietät der Teilnahme gleichfalls straflos bleiben.

Binding erklärt aber selbst, daß das Gesetz, obwohl eine atomistische Betrachtungsweise unerträglich sei, doch davon absehen könne. Dies habe es auch nach § 46 Abs. 1 u. 2 getan, indem es Straflosigkeit nur bei Freiwilligkeit, bezw. Freiwilligkeit und Unentdecktheit des Rücktritts gewähre. Nur in diesen vom Gesetz ausdrücklich ausgenommenen Fällen könne davon abgesehen werden, das Ganze als Ganzes zu betrachten, wie es der Versuch seiner Natur nach erfordere.

Diese Behauptung Bindings ist jedoch nur unter der Bedingung aufrechtzuerhalten, daß die Strafbarkeit des Versuches in seiner Beziehung zum verbrecherischen Erfolge liegt. Nur wenn man den Grund der Strafbarkeit des Versuches in der Anbahnung des Erfolges sieht, dann fällt die für die Rechtsordnung bestehende Gefahr durch den freiwilligen Rücktritt weg, der Versuch verliert dann den Charakter als deliktische Handlung.[1] Das Gesetz widerspricht aber durchaus dieser Auffassung. Es sieht die Strafbarkeit des Versuches vielmehr in seiner objektiven Bedeutung für die Rechtsordnung.[2] In der Unterschätzung der objektiven Tatseite liegt der Fehler Bindings und aller anderen obenerwähnten Schriftsteller.

---

[1] Rayhaus-Cormons S. 37.

[2] Baumgarten S. 468; vgl. auch Italiener S. 17 ff. und Hatzig S. 81.

Wann liegt nun ein strafbarer Versuch im Rechtssinne vor und welches ist der Grund der Strafbarkeit? Die Antwort gibt § 43 StGB., nämlich dann, wenn ein verbrecherischer Wille sich durch Handlungen betätigt hat, welche den Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens enthalten. Schon dann ergibt sich die Strafbarkeit des Versuches. Diese liegt nicht, wie Binding meint, in dem subjektiven Momente des Willens zum Erfolge begründet, sondern darin, daß der Versuch schon an sich eine Störung des Rechtsfriedens darstellt. In ihm hat sich ein verbrecherischer Wille objektiviert. Sobald die Grenze zwischen bedeutungslosen Vorbereitungshandlungen und dem Anfang der Ausführung überschritten ist, ist die Strafe verwirkt. Daß noch die Vollendung der Handlung des Erfolges ermangelt, kann an der Strafbarkeit der Tat nichts ändern. Diese ist schon an sich verwirkt, nicht erst unter der Resolutivbedingung des freiwilligen Rücktritts. Der Versuch sowohl als auch die vollendete Tat unterscheiden sich nur in der Größe ihrer Wirkungen, sozusagen in der Quantität, nicht in der Qualität. Darum müssen auch die Bemühungen, den Rücktritt für einen Schuldausschließungsgrund zu erklären, scheitern. Die Straflosigkeit des Rücktrittes vom Versuch folgt also nicht aus dem Wesen desselben; sie hat keinen Rechtsgrund für sich.

Gleichwohl sind einige Schriftsteller der Meinung, daß der Rücktritt vom Versuch einen Schuldausschließungsgrund bildet. Sie stützen sich zur Begründung ihrer Ansicht aber nicht auf das Wesen des Rücktrittes vom Versuch, noch suchen sie die Straflosigkeit desselben als eine begriffliche Notwendigkeit darzutun, sondern sie berufen sich nur auf den Gesetzestext. Aus seinem Wortlaut wollen sie herauslesen, daß ein strafbarer Versuch im Falle des Rücktrittes überhaupt nicht zustande gekommen ist. Unter anderen ist hier wiederum Herzog zu nennen. Er vertritt ja, wie aus seiner Präsumtionstheorie hervorgeht, den Standpunkt, daß die Straflosigkeit des Rücktrittes vom Versuch einen Rechtsgrund für sich hat, und sucht vor allem in der Entstehungsgeschichte des § 46 den Nachweis zu führen, daß auch das Gesetz sich diese Anschauungen zu eigen gemacht hat.

Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom Jahre 1851 bestimmte in § 51: „Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden ist oder ohne Erfolg geblieben ist". Der freiwillige Rücktritt war also in diesem Gesetze ein negatives Tatbestandsmerkmal des Versuches.

Dies führte, wie Herzog[1]) meint, in den Schwurgerichten zu großen Unzuträglichkeiten. So mußte im Urteil stets ausdrücklich ausgesprochen werden, daß die Umstände nur äußere, vom Willen des Täters unabhängige waren. Vor allem aber mußte „die Frage an die Geschworenen nicht einfach auf Versuch lauten, sondern sie mußte den ganzen gesetzlichen Tatbestand wiedergeben, und ebenso mußte denselben dann die Jury ihrerseits voll und ganz in ihre Deklaration aufnehmen". Hierdurch seien die Geschworenen, wie Herzog behauptet, oft in Verwirrung geraten, und es sei auch häufig zu falschen Urteilen gekommen. Um diesen Mißständen vorzubeugen, also nur aus prozessualen Rücksichten, sei das Reichsstrafgesetzbuch von der alten Formulierung abgewichen und zu der neuen in den §§ 43 u. 46 übergegangen. Aus den Reden zahlreicher Abgeordneter[2]) gehe aber hervor, daß der Inhalt derselbe sein sollte. Die Motive[3]) ständen ebenfalls dieser Auffassung nicht entgegen, wenn sie ausführten: „Die Vorschrift des preuß. Strafgesetzbuches, daß behufs eines strafbaren Versuches auch festgestellt werden müßte, es sei die Vollendung des Verbrechens nur durch äußere, vom Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden, hat der Entwurf nicht aufgenommen".

„Klar und deutlich", erklärt Herzog,[4]) „wird an erster Stelle gesagt, daß die bisherige Feststellung über die Zufälligkeit der Nichtvollendung fortfalle. Man sieht, das punctum saliens war die angeblich unüberwindliche Mißlichkeit der bis-

---

[1]) Herzog S. 200ff.

[2]) vgl. Stenogr. Ber.

[3]) Mot. S. 53.

[4]) Herzog S. 206.

herigen Bestimmung vor den Schwurgerichten." Die Worte „der Versuch als solcher bleibt straflos" könnten nicht anders als in seinem Sinne gedeutet werden. Dies stände im Einklang damit, daß im Falle des Rücktrittes des Täters ein strafbarer Versuch überhaupt nicht zustande gekommen sei.

Die Motive[1]) fahren aber im Anschluß an die Stelle, auf welche sich Herzog beruft, weiter fort: „In Übereinstimmung mit den meisten anderen deutschen Strafgesetzbüchern befindet sich derselbe, wenn er in § 44 (§ 44 des Entw. = § 46 RStGB.) bestimmt, daß es nur für einen Ausschließungsgrund rücksichtlich der an und für sich verwirkten Strafe zu erachten sei, wenn der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren". Die Motive sprechen also im Gegenteil klar und deutlich aus, daß eine strafbare Versuchshandlung schon vor dem Rücktritt des Täters besteht, und daß durch den Rücktritt die an und für sich verwirkte Strafe nur ausgeschlossen wird.

Auf diese Auslassungen der Motive weist auch das Reichsgericht[2]) in einer Entscheidung hin, in welcher es die Ansicht bekämpft, daß der Rücktritt ein negatives Tatbestandsmerkmal des Versuches sei. Zum Beweise der Richtigkeit seiner Auffassung nimmt das Reichsgericht weiter ebenfalls auf die Entstehungsgeschichte des § 46 Bezug, auf welche sich auch noch andere Vertreter der von Herzog bekämpften Auffassung berufen. In der Tat waren auch die Abgeordneten des Norddeutschen Reichstages[3]) geteilter Meinung, so daß sowohl Herzog als auch die Gegner seiner Auslegung des § 46 Nr. 1 StGB. sich auf die Entstehungsgeschichte beziehen können. Ihre Beweiskraft erleidet hierdurch eine erhebliche Abschwächung. Wenn Herzog selbst sagt, daß die Auffassung der Motive nicht bindend sei, so können wir ihm nur beistimmen. Dasselbe gilt aber auch bezüglich der Entstehungsgeschichte, auf welche er sich vor allem stützt: „Nur da, wo die Unklarheit des Gesetzes zu unsicheren Schlüssen verleitet,

---

[1]) Mot. S. 53.

[2]) RG. Bd. 16 S. 347.

[3]) vgl. Stenogr. Ber.

hat die Entstehungsgeschichte ihren Wert als Interpretationsbehelf".[1])

Auch Berner[2]) hält offenbar den Rücktritt für ein negatives Tatbestandsmerkmal des Versuches. Denn er erklärt, der Satz des § 46 StGB. „Der Versuch bleibt straflos" müsse wörtlich ausgelegt werden. Dann komme man zu dem vernünftigen Resultat, daß die in § 46 aufgestellten Bedingungen der Strafbarkeit des Versuches trotz äußerer Trennung von § 43 innerhalb des Begriffes des strafbaren Versuches stehen bleiben.

Sehen wir uns also das Gesetz näher an. Geht aus ihm selbst hervor, daß der Rücktritt ein negatives Tatbestandsmerkmal ist, daß er also einen Schuldausschließungsgrund bildet? § 43 gibt die Definition des Versuches. Hiernach ist jede den Entschluß zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens kundgebende Handlung, welche einen Anfang der Ausführung des gewollten Deliktes enthält, eine strafbare Versuchshandlung. § 46 StGB., welcher den Rücktritt vom Versuch behandelt, bildet also keine Einheit mit § 43. Schon durch die weite äußerliche Trennung ergibt sich klar, daß § 46 keine negativen Tatbestandsmerkmale des Versuches aufstellt. Es wäre doch gar zu eigenartig, wenn diejenigen Paragraphen, die so eng zusammengehören sollen, so weit voneinander getrennt wären. Steht doch § 43 am Anfang und § 46 am Ende des Abschnittes, welcher über den Versuch handelt. Wie sich also sowohl aus der äußerlichen Trennung als auch aus dem Wortlaut ergibt, sind in § 43 die Tatbestandsmerkmale des Versuches erschöpfend zusammengestellt.[3]) Tritt der Täter vom Versuch zurück, so liegt eine neue selbständige Handlung vor, durch welche die Straffolgen der Versuchshandlung beseitigt werden. An dem Charakter des Versuches wird jedoch hierdurch nicht das geringste geändert.

Eine ähnliche Auffassung wie Herzog vertritt auch Rubo,[4]) für den der Wortlaut das allein Maßgebende ist, mag auch das so erhaltene Ergebnis juristisch unkonstruierbar sein. Er erklärt:

---

[1]) Meves in Goltdammers Arch. Bd. 37 S. 400.

[2]) Berner, Lehrb. S. 165.

[3]) RG. Bd. 16 S. 347.

[4]) Rubo S. 420 ff.

„Die Worte ‚der Versuch als solcher bleibt straflos‘ besagen, daß diejenige Straffreiheit fortbesteht, welche dem Versuche so lange zukommt, als er den Tatbestand des § 43 noch nicht ausmacht. Falls der § 46 anwendbar wird, ist daher nicht anzunehmen, als ob die Strafbarkeit des nach § 43 strafbaren Versuches nachträglich wieder aufgehoben wird; es muß vielmehr die Anschauung gelten, als ob die Handlung bis zur Strafbarkeit überhaupt noch nicht gediehen war“. Rubo führt dann weiter aus, da im Falle des § 46 ein strafbarer Versuch nicht vorliege, könne es auch keine strafbare Teilnahme geben, denn letztere sei ohne eine strafbare Haupttat nicht möglich.

Gegen diese Auffassung Rubos ist jedoch einzuwenden, warum das Gesetz dann nicht gleich die klare Fassung wie in den kurz darauffolgenden §§ 51—54 StGB. gewählt hat, wo es heißt: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden“. Rubo widerlegt sich auch selbst, wenn er sagt, daß das Ergebnis einer wörtlichen Auslegung juristisch nicht konstruierbar, den tatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen sei. Denn diesen entsprechend müsse man eigentlich annehmen, daß im Falle des § 46 ein strafbarer Versuch schon vorhanden sei, und daß der Täter, welcher vom Versuch zurücktrete, nur für seine Person einen Strafausschließungsgrund erwerbe. Infolgedessen wäre auch der Tatbestand der strafbaren Teilnahme sehr wohl möglich. „Anstifter und Gehilfe würden aber, wenn sie sich auf die Straflosigkeit des Täters beriefen, mit diesem Einwande als einer exceptio de iure tertii zurückgewiesen.“

Diese vernünftige, der juristischen Konstruktion entsprechende Auslegung läßt Rubo aber nicht gelten. Denn seiner Meinung nach gilt für das Strafgesetzbuch der Grundsatz, eine Vorschrift niemals gegen den Wortlaut auszulegen. Eine solche Ansicht führt aber zu argen Widersprüchen. Auf den Wortlaut ist ohne Zweifel der größte Wert zu legen. Aber das Ergebnis muß doch einen Sinn geben und juristisch konstruierbar sein. Ist dies jedoch nicht der Fall, so folgt daraus notwendigerweise, daß der Ausdruck nicht glücklich gewählt ist. Es wird auch fast allseitig anerkannt, daß der Satz „Der Versuch als solcher bleibt straflos“ eine

inkorrekte Ausdrucksweise ist.[1]) Selbst Rubo stimmt dem indirekt bei, wenn er ihn mit der juristischen Konstruktion nicht vereinbar hält.

Auch auf den Wortlaut kann also die Ansicht, daß der Rücktritt vom Versuch ein Schuldausschließungsgrund sei, nicht gestützt werden.

2. Der Rücktritt ist ein Strafausschließungsgrund.

Ist der Tatbestand des § 43 erfüllt, so liegt, wie wir gesehen haben, schon ein strafbarer Versuch vor. Daran ändert auch der Rücktritt des Täters vom Versuch nach § 46 Nr. 1 StGB. nichts, welcher Straflosigkeit verheißt. Diese ist, wie oben dargelegt, keine begriffliche Konsequenz des Rücktrittes vom Versuch. Denn der Rücktritt beseitigt nur die Strafe, läßt jedoch die Tatsache, daß der Täter eine strafbare Handlung begangen hat, bestehen. Daher sind auch strafbare Teilnahmehandlungen sehr wohl möglich.

Welches ist nun der Grund für die gemäß § 46 StGB. gewährte Straflosigkeit?

Baumgarten, Meyer und Schütze[2]) vertreten die Ansicht, daß die Straflosigkeit infolge Rücktrittes vom Versuch ein Gebot der Billigkeit sei. Gewiß ist, daß der freiwillig zurücktretende Täter nicht eine so hohe Strafe verdient wie derjenige, welcher durch äußere Umstände gezwungen von der weiteren Ausführung des Delikts abläßt. Da aber trotz des freiwilligen Rücktrittes eine strafbare Tat übrigbleibt, so läßt sich durch das Gebot der Billigkeit wohl eine mildere Strafe, jedoch nicht völlige Straflosigkeit rechtfertigen.

Die Bestimmung des § 46, daß der Versuch im Falle des Rücktrittes des Täters straflos bleiben soll, beruht vielmehr, wie schon die Motive darlegen, auf kriminalpolitischen Erwägungen.[3]) Durch die Aussicht auf Straflosigkeit soll der Verbrecher, der in Ausführung eines Deliktes begriffen ist, bewogen werden, von

---

[1]) Olshausen § 46 Nr. 4.

[2]) Baumgarten S. 469; Meyer S. 213; Schütze S. 141 Anm. 38.

[3]) Mot. S. 53; Osenbrüggen S. 37; Berner, Verhandl. S. 134; Hälschner S. 360.

weiteren Handlungen abzustehen. Dem bereits in der Ausführung des Verbrechens Begriffenen soll durch Zusicherung der Straflosigkeit ein wirksamer Antrieb zum Abstehen vom weiteren Fortschreiten und von der Vollendung des begonnenen Verbrechens gegeben werden.[1])

Daß die Hoffnung auf Straflosigkeit von großer Wirkung sein kann, ist nicht abzuleugnen. Besonders Personen, die zum ersten Male den Pfad des Verbrechens betreten, werden oft unschlüssig werden, wenn das Unheil, das sie anrichten wollen, die Vollendung erfahren soll. Das Gute in ihnen wird sich gerade vor der Entscheidung lebhaft gegen die verbrecherischen Neigungen aufbäumen. Würde dann der Täter sehen, daß er trotz Rücktrittes bestraft, daß sein bis dahin makelloser Name befleckt wird, so ist kein Zweifel, daß er von der Ausführung des einmal Begonnenen nicht ablassen würde. Winkt ihm jedoch als Preis des Rücktrittes Straflosigkeit, so wird er eher von der Ausführung ablassen. Nur gänzliche Straflosigkeit kann Wirkung ausüben.

Auch dem Gesetzgeber muß mehr daran liegen, großen Schaden zu verhüten, als das verübte Verbrechen zu sühnen. Nur aus diesen Erwägungen heraus, um also dem Verbrecher sozusagen eine goldene Brücke zum Rückzuge zu bauen, ist es zu erklären, daß dem rücktretenden Täter Straflosigkeit gewährt wird.[2])

Der Ansicht Schützes,[3]) daß das Verbrechen um so eher unternommen werden würde, wenn Straflosigkeit für den Fall des Rücktrittes vom Versuch offenstände, kann nicht beigestimmt werden. Denn der Verbrecher muß ja immer in Betracht ziehen, daß er sehr leicht abgefaßt oder durch äußere, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert werden könnte, vom Versuch zurücktreten, und daß er dann Strafe zu erwarten hätte.

Vielfach wird jedoch verneint, daß die Straflosigkeit des § 46 Nr. 1 auch den Anstifter und den Gehilfen mitumfaßt. Man stützt sich darauf, daß die Straflosigkeit, da sie ja eine Prämie für ein persönliches Verhalten sei, auch nur demjenigen

---

[1]) Bauer, Abhandl. S. 355.

[2]) v. Liszt § 48 I; Meyer-Allfeld S. 181.

[3]) Schütze S. 141 Anm. 37; ebenso Baumgarten S. 469.

zugute kommen könne, welcher sich durch sein Verhalten die Prämie verdient habe.[1] Der Rücktritt des Täters vom Versuch bildet also nach dieser Ansicht einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Denn da der Rücktritt, wie v. Liszt[2] erklärt, nur von der verwirkten Strafe befreit, aber an dem Verbrechenscharakter der Versuchshandlung nichts ändert, folgt auch, daß er weder den Anstifter noch den Gehilfen straffrei macht.

Für die Richtigkeit dieses Satzes führt Hatzig[3] auch die Formulierung des Strafgesetzbuches an. Er beruft sich darauf, daß das Gesetz nicht sage, daß zugleich mit dem zurücktretenden Täter auch die Teilnehmer straflos bleiben sollen. Darauf ist aber einzuwenden, daß es im Gesetz auch nicht heißt: „Der Täter bleibt straflos, wenn usw." sondern: „der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter usw." Diese Formulierung der Straflosigkeit des Rücktrittes vom Versuch kann aber nur in dem entgegengesetzten Sinne ausgelegt werden, wie es von Hatzig geschehen ist.

Wir können nur Heilborn[4] beistimmen, wenn er ausführt, daß der Wortlaut als maßgebend anerkannt werden müsse, wenn er einen guten Sinn gebe. Um zu erfahren, was der Gesetzgeber mit „der Versuch als solcher bleibt straflos" habe ausdrücken wollen, müsse man ähnlich lautende Gesetzesstellen zum Vergleiche heranziehen. So heiße[5] es in den §§ 12, 247, 289, 370 Ziff. 5: „die Handlung bleibt straflos". Man müsse nun untersuchen, welchen Sinn das Gesetz mit diesem Ausdruck gewöhnlich verbunden habe. In der Sprache unseres Gesetzbuches aber könnten die Worte: „die Handlung bleibt straflos" nur bedeuten: „die an der Handlung Beteiligten bleiben straflos".[6] Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes folge also, daß „der Versuch als solcher bleibt straflos" gleichbedeutend sei mit „die am

---

[1]) Meves in Goltdammers Arch. Bd. 37 S. 402; Oppenhoff § 46; Vorentwurf zu einem deutschen StGB., Begr. S. 297; RG. Bd. 6 S. 341, Bd. 16 S. 347, Bd. 17 S. 244.

[2]) v. Liszt S. 212.

[3]) Hatzig S. 58.

[4]) Heilborn S. 120ff.

[5]) Heilborn S. 123.

[6]) vgl. auch Weiß S. 58.

Versuch Beteiligten bleiben straflos". Hiergegen[1]) könne man sich auch nicht darauf berufen, daß eine Handlung, die einmal strafbar gewesen, nicht straflos bleiben, sondern es nur werden könne. Dieser Einwand sei bedeutunglos; denn vom Standpunkt des urteilenden Richters bleibe die Handlung straflos. Der Gesetzgeber könne aber diesen Standpunkt einnehmen, wenn er den aufgegebenen Versuch ins Auge fasse. Mithin bewirkt der Rücktritt des Täters vom Versuch auch Straflosigkeit des Anstifters und Gehilfen.

Dieses Ergebnis entspricht auch der akzessorischen Natur der Anstiftung und Beihilfe, wie sie im Strafgesetzbuch verwirklicht ist. Sind die Teilnehmer nicht selbständig strafbar, sondern sind sie es nur aus dem Verbrechen eines anderen heraus, dann ist es nur folgerichtig, wenn ihnen auch die Strafbefreiungsgründe des Täters zugute kommen. Wenigstens würde es der akzessorischen Natur der Teilnahme widersprechen, wenn Anstifter und Gehilfen von den Strafbefreiungsgründen ausgeschlossen sein sollten, deren der Täter teilhaftig ist. Das Gesetz hat daher nur in Konsequenz der von ihm aufgestellten Teilnahmelehre gehandelt, wenn es beim Rücktritt des Täters von Versuch auch den Strafanspruch gegen den Anstifter und Gehilfen fallen gelassen hat.

Auch Olshausen[2]) vertritt diese Auffassung, daß der Rücktritt des Täters vom Versuch ein objektiver Strafausschließungsgrund sei. Er beruft sich vor allem darauf, daß es im Gesetz heißt „der Versuch als solcher bleibt straflos", nicht: „Wer einen Versuch unternommen hat, bleibt wegen des Versuches als solchen straflos". Olshausen fährt dann weiter fort: „Es handelt sich hierbei nicht um einen bedeutungslosen Unterschied in der Ausdrucksweise, sondern um einen hinsichtlich der Teilnahme erheblich materiellen Unterschied. In klaren Worten spricht das Gesetz aus, daß die Tat straflos bleiben solle. Dem widersprechen die Motive keineswegs, wenn sie bezüglich der Nr. 1 sagen, daß die freiwillige Aufgabe der Ausführung nur „für einen Ausschließungsgrund der an und für sich verwirkten Strafe zu erachten sei". Denn der Nachdruck liegt hier, wie äußerlich hervor-

[1]) Heilborn S. 124.
[2]) Olshausen § 46 Nr. 2.

gehoben ist, lediglich auf Ausschließungsgrund, nicht aber auf dem Worte: „der an und für sich verwirkten Strafe".

Wenn es sich auch beim Rücktritt vom Versuch um Strafaufhebungsgründe handle, so stehe dies einer objektiven Wirkung nicht entgegen. Denn das Gesetz habe die Macht, festzusetzen, wie weit die Wirkung sich erstrecken solle. Die Straflosigkeit des Anstifters und Gehilfen infolge Rücktrittes des Täters sei aber nur „eine natürliche Konsequenz der Abhängigkeit aller Teilnehmer von der vorschreitenden oder zurückschreitenden Tätigkeit des Täters.[1])

Derselben Meinung gibt Meyer[2]) Ausdruck, wenn er dem freiwilligen Rücktritt des Täters eine Rückwirkung auf die Strafbarkeit des Teilnehmers zuschreibt. Die Rückwirkung folge daraus, daß „mit der nachträglichen Strafbarkeit der Tat selbst auch die Strafbarkeit der geleisteten Teilnahme hinwegfällt".

C. Schluß.

Daneben wird auch die Anschauung vertreten, daß die Straflosigkeit im Falle des Rücktrittes vom Versuch überhaupt unbegründet sei. Hepp[3]) bestreitet, daß sowohl politische als auch Rechtsgründe für die Straflosigkeit sprechen. Der Rücktritt vom Versuch könnte hiernach nur einen Milderungsgrund bilden.[4]) Dieser Meinung ist auch Meves,[5]) der ausführt, es würde dieselbe Wirkung ausüben, wenn der Gesetzgeber erklärte, daß die verdiente Strafe unbedingt eintreten müsse, dem reuigen Verbrecher aber die Milde des Gesetzes zugute komme. Meves unterschätzt hier die Wirkung der Straflosigkeit. Daß diese allein imstande ist, auf den Verbrecher einzuwirken und ihn von der weiteren Ausführung abzuhalten, ist schon oben dargelegt und bedarf daher keiner näheren Erörterung mehr.

---

[1]) Ebenso Schütze S. 141; Baumgarten S. 457.

[2]) Meyer, Lehrb. S. 227.

[3]) Hepp S. 319/20.

[4]) Geyer S. 31.

[5]) Meves in Gerichtssaal Bd. 21 S. 170.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 21. 1. 1886 bin ich, Max Pawelke, in Tschirmkau, Kreis Leobschütz, geboren als Sohn des jetzigen Rentiers Josef Pawelke in Leobschütz und seiner Ehefrau Anna geb. Kroker. Ich bin katholisch und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Gymnasium in Leobschütz, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar je ein Semester in Freiburg i. B., in Berlin, in Breslau und in München und die beiden letzten Semester wieder in Breslau, wo ich am 17. 10. 1910 die erste juristische Staatsprüfung und am 25. 11. 1910 das mündliche Doktorexamen bestand.

Vom 19. 11. 1910 ab war ich neun Monate lang dem Königlichen Amtsgericht in Landeck i. Schl. zur Ausbildung als Referendar überwiesen und bin nunmehr — und zwar seit dem 19. 8. 1911 — am Königlichen Landgericht zu Glatz als Referendar tätig.